

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/201008>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-10 and may be subject to change.

# De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20e eeuw: Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief

Prof. mr. C.J.H. Jansen\*

## 1. Inleiding

De Utrechtse hoogleraar in het handelsrecht, W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931), staat bekend als de eerste Nederlandse bestrijder van de oneerlijke mededinging. Dit euvel was als de Griekse zeegod Proteus in staat in iedere door hem gewenste gestalte in het economische leven op te duiken. Het verdiende naar Molengraaffs mening krachtige bestrijding. De *sedes materiae* van dit vraagstuk was art. 1401 Oud BW, de regeling van de onrechtmatige daad. Een beperkte uitleg van deze bepaling betekende een vrijbrief voor oneerlijke praktijken in handel en nijverheid. Een ruime uitleg gaf voldoende handvatten voor de bestrijding van de om zich heen grijpende misstanden. De Hoge Raad was in 1883 echter de weg van de beperkte uitleg ingeslagen. Onder 'onrechtmatig' verstond hij 'in strijd met des daders wettelijke plicht' of 'een inbreuk op eens anders recht'.<sup>1</sup> Molengraaff stond een ruimer criterium voor, dat mede de schadeplichtigheid omvatte voor de overtreding van tal van regels van meer zedelijke aard, voorzichtigheid en eerbied voor andermans persoon, goederen en arbeid. Hij had zich laten inspireren door een artikel van de Duitse jurist Rudolf von Jhering (1818-1892) uit 1885.<sup>2</sup> Molengraaff suggereerde in zijn beroemd geworden artikel 'De "oneerlijke concurrentie" voor het Forum van den Nederlandschen rechter (...)' in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1887 de door de Hoge Raad in 1919 in *Lindenbaum/Cohen* grotendeels overgenomen zinsnede:

'Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijn medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.'<sup>3</sup>

Volgens Molengraaff voldeed dit criterium aan de onafwijkbare eisen van een gezond rechtsleven in een goed geordende rechtsstaat. De gelijkstelling van onrechtmatig met onwetmatig leidde juist tot onhoudbare en demoraliserende resultaten.<sup>4</sup>

De Duitse wetgever was al in 1896 overgegaan tot de invoering van een bijzondere wet ter bestrijding van de oneerlijke mededinging: Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 (UWG). Daarnaast gebruikte de Duitse rechter de fonkelnieuwe bepalingen van het op 1 januari 1900 in werking getreden Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (BGB) tegen het kennelijk nog steeds uitdijende kwaad van de oneerlijke mededinging. Dit wetboek en de daarop gebaseerde rechtspraak boden de Nederlandse jurist mogelijkheden tot vergelijking en inspiratie. 'Niets verruimt het inzicht meer, dan onze op zoo menig punt verouderde [Nederlandsche] wetsbepalingen te toetsen aan hetgeen door andere, op dezelfde hoogte van ontwikkeling staande, volken als recht wordt erkend.'<sup>5</sup>

De Duitse bestrijding van de oneerlijke mededinging heeft grote invloed uitgeoefend op de Nederlandse discussies en pogingen tot beteugeling daarvan. Er is echter meer. De daarmee nauw samenhangende brandende kwestie van de al dan niet ruime uitleg van art. 1401 BW 1838 leidde tot een fel debat over de vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet. De grote protagonisten waren twee *Utrechtse* hoogleraren: de al genoemde Molengraaff en D. Simons (1860-1930), hoogleraar in het strafrecht en redacteur van het *Weekblad van het Recht*. Zij hadden ieder hun medestanders. Molengraaff kreeg bijval van D. Josephus Jitta (1854-1925), hoogleraar in het handelsrecht te Amsterdam, en P.J.M. Aalberse (1871-1948), advocaat in Leiden, lid van de Tweede Kamer en van 1918 tot 1925 Minister van Arbeid, Nijverheid en Handel; Simons van de Groninger hoogleraar in het

\* Corjo Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht en voorzitter van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit, Nijmegen en redacteur van dit tijdschrift. Dit artikel gaat terug op de eerdere bijdrage: C.J.H. Jansen, 'De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20e eeuw: het Duitse recht als voorbeeld voor de Nederlandse rechtsbeoefening', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1997, p. 8 e.v.

1. HR 6 april 1883, *Weekblad voor het recht* (W) 1883/4901 en HR 29 juni 1883, W 1883/4927. Zie G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer: Kluwer 1986 (hierna te noemen: Van Maanen 1986), p. 135 e.v.
2. R. von Jhering, 'Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen', *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen Rechts und deutschen Privatrechts* 1885, p. 155 e.v.
3. W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het Forum van den Nederlandschen Rechter, tevens eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887 (hierna te noemen: Molengraaff 1887), p. 386.
4. Molengraaff 1887, p. 392.
5. Aldus de Utrechtse hoogleraar C.W. Star Busmann, 'Voorbericht bij den tweeden druk', in: N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Eerste deel, Eerste stuk, 2e druk, herzien door C.W. Star Busmann, Haarlem: De Erven F. Bohn 1909, p. XI.

Romeinse recht N.K.F. Land (1840-1903) en de president van de Hoge Raad, A.P.Th. Eijssell (1837-1921). Ik behandel de Nederlandse discussies over de bestrijding van de oneerlijke mededinging vooral vanuit het perspectief van het Duitse recht en Duitse voorbeelden en – voor zover relevant – in het licht van het Franse recht.

## 2. De Duitse wetgeving en rechtspraak inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging

De bestrijding van de oneerlijke mededinging vond in Duitsland langs twee wegen plaats. De wet van 1896 bevatte bepalingen van burgerlijk recht en strafrecht.<sup>6</sup> Zij kende geen algemene bepaling ('Generalklausel'), maar specifieke artikelen die allerlei oneerlijke gedragingen in het handelsverkeer verboden. Indien zich een van de verboden gedragingen voordeed, kon dat tot een civiele en/of strafvordering leiden. De strafbare feiten waren klachtdelicten, waarop een maximumstraf van 1 jaar stond. Nieuwigheden op procesrechtelijk terrein waren de bevoegdheden van de rechter om een verbod op toekomstig 'onrechtmatig' gedrag uit te spreken en een dwangsom op te leggen. § 1 richtte zich vooral op het aanpakken van allerlei vormen van oneerlijke reclame en de misleiding van het publiek door het doen van onjuiste mededelingen over de kwaliteit en de prijs van de waren. § 6 van de Duitse wet verbood kwaadsprekerij over concurrenten en hun producten. § 9 ten slotte bevatte een strafbaarstelling van een werknemer die bedrijfsgeheimen onthulde en van degene die aan een werknemer bedrijfsgeheimen ontlokte 'durch eine gegen das Gesetz oder die gute Sitten verstößende eigene Handlung'. De dagelijkse werkelijkheid in de handel leerde spoedig dat een wettelijk verbod van uiteenlopende concrete gedragingen tekortschoot. Steeds doken nieuwe vormen van oneerlijke mededinging op. Ook Nederlandse kranten signaleerden deze tekortkoming in de Duitse wet. 'In Deutschland bevat de wet tegen de oneerlijke concurrentie tal van afzonderlijke bepalingen, die ieder een bepaalden vorm afzonderlijk strafbaar stellen. Deze wijze van wetgeving is juridisch mooier, maar voldoet in de praktijk minder, omdat de oneerlijke concurrenten steeds nieuwe vormen vinden, welke in de wet nog niet genoemd worden.'<sup>7</sup> De Duitse rechter zocht daarom vanaf 1900 hulp bij de algemene bepalingen over onrechtmatige daad in het BGB. De eerste, die daarvoor in aanmerking kwam, was § 826 BGB:

'Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.'

Deze bepaling gaf de rechter de mogelijkheid vormen van oneerlijke concurrentie aan te pakken, die hij in strijd oordeelde met de goede zeden. Het vereiste van opzet ('vorsätzlich') stond echter een effectieve en ruime toepassing van deze paragraaf in de weg. De Duitse rechter zocht daarom eveneens aansluiting bij § 823 I BGB:

'Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.'

§ 823 I BGB ging terug op de Romeinsrechtelijke *lex Aquilia*: de wettelijke regeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid voor foutief toegebrachte schade. Nieuw ten opzichte van het Romeinse recht was de inbreuk op een 'sonstiges Recht', die tot schadevergoeding kon leiden. Het Reichsgericht heeft in zijn *Jutefaser-Entscheidung* van 1904 deze categorie aangegrepen voor de ontwikkeling van een tot dan toe onbekend subjectief recht: 'das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb', het recht op de ongestoorde uitoefening van het bedrijf.<sup>8</sup> Degene die door opzet of schuld schade toebracht aan de in een onderneming samengebrachte vermogensbelangen, was onder bepaalde voorwaarden schadeplichtig. De nieuwe categorie lag vanaf het begin van haar erkenning door het Reichsgericht onder vuur. Dit nieuwe 'sonstige Recht' was een 'Fremdkörper' in het systeem van de 'sonstige Rechte'. Het verhinderde volgens critici het ontstaan van gezonde concurrentie. Nieuwkomers op de markt werd het veel te moeilijk gemaakt.<sup>9</sup> De latere Rotterdamse hoogleraar W.H. Drucker (1887-1933) heeft in zijn proefschrift een nauwgezette analyse gemaakt van §§ 823 en 826 BGB. Hij ging eveneens uitvoerig in op 'het recht op de ongestoorde uitoefening van het bedrijf'. Hij vond de opstelling van het Reichsgericht weinig consequent. Het zag veel benadelingen, die volgens Drucker als ongeoorloofd waren te beschouwen, niet als een rechtsschending.<sup>10</sup>

Hoewel de Duitse wetgever met de algemene UWG, § 823 I en § 826 BGB genoeg wapens leek te hebben gecreëerd tegen de oneerlijke mededinging, besloot hij

6. De wet is afgedrukt in *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* (hierna te noemen: *HNJV*), 1903-I, p. 123-128.

7. 'Oneerlijke concurrentie', *Nieuwe Tilburgsche Courant* 28 juli 1902, voorpagina; 'Oneerlijke concurrentie', *Venloosch Nieuwsblad* 17 december 1904, voorpagina; 'Wetsontwerp op de oneerlijke concurrentie', *Delftsche Courant* 3 januari 1914, voorpagina. Zie de nog te bespreken NJV-leadvies van Josephus Jitta en Aalberse.

8. Zie *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ) 58 (1904), p. 24 (in het bijzonder p. 29), Urt. von 27-02-1904. In deze uitspraak verwees het Reichsgericht naar een eigen eerdere uitspraak uit 1902. Zie ook RGZ 64 (1907), p. 52 e.v. en RGZ 94 (1919), p. 248 e.v. Zie R. Zimmermann & D.A. Verse, 'Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Kodifikation des deutschen Deliktsrecht (1900-1914)', in: U. Falk & H. Mohnhaupt (red.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2000, p. 326-329.

9. Kritisch bijv. A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig: Duncker und Humblot 1910, p. 155 e.v.; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, München/Berlin: C.H. Beck 1964, § 66 (p. 396-399); K. Larenz/C.W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-2, München: C.H. Beck 1994, § 81; ook H. Kötz/G. Wagner, *Deliktsrecht*, 12. Aufl., München: Vahlen 2013, § 165.

10. W.H. Drucker, *Onrechtmatige daad. De regeling van het Deutsche Burgerlijk Wetboek getoetst aan de praktijk en vergeleken met het Franse en het Engelse recht, in het bijzonder in verband met benadelingen in den economischen strijd*, 's-Gravenhage: Trio 1912, p. 93 e.v. Simons vond dat Drucker de rechter te veel vrijheid liet. Zie D. Simons, '[Bespr. van:] W.H. Drucker, Onrechtmatige daad',

vanwege de kritiek op de hoge mate van detaillering van de strafbepalingen en de voortwoekerende oneerlijke praktijken toch de wet van 1896 aan te passen. Dit gebeurde in 1909.<sup>11</sup> De opvallendste wijziging betrof de invoering van een nieuw art. 1, een ‘Generalklausel’. Deze bepaling leek sterk op § 826 BGB, maar in de tekst ontbrak – anders dan in § 826 – het opzetvereiste.

‘Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.’

Met deze bepaling kreeg de rechter een grote vrijheid om de oneerlijke mededinging te bestrijden. Kritiek bleef opnieuw niet uit, maar nu om een andere reden. De bekende Duitse hoogleraar P. Oertmann (1865-1938) vreesde dat sociaal-politieke kwesties via de toetsing aan de goede zeden het burgerlijke recht zouden binnendringen. Hij hoopte dat de Duitse rechter op de vaste bodem van het recht zou blijven staan. Anders werd dit slachtoffer van rechterlijk subjectivisme. Hij keerde zich tegen de vrije rechtsvinding (‘Freirechtsbewegung’) en hamerde op het belang van rechtszekerheid.

‘Zwar die Verehrer der Freirechtsschule dürften es mit Genugtuung empfinden, wenn auf dem Umwege über die Moralebote allerlei naturrechtliche Konterbande ihren Einzug hält in die geheiligten Gefilde der positiven Rechtsordnung. Aber wer mit uns in solcher Freirechtlei den Tod aller Rechtssicherheit, die Rückkehr zu einem reaktionären Absolutismus unerträglichster Art sieht, dem wird bei einer Auslegung des Gesetzes nimmer wohl werden, die das nach Ansicht des Auslegers Seinsollende kurzerhand in das bereits Seiende hineinträgt.’<sup>12</sup>

De Duitse wet van 1909 gaf Simons een hoofdartikel in het *Weekblad van het Recht* in de pen. Uit de gang van de Duitse wetgeving kon de Nederlandse wetgever lering trekken. Simons schaarde zich achter de Duitse kritiek ‘op de specialisatie van de strafbaar gestelde feiten’. Hij hekelde het feit dat – terwijl er steeds werd aangedrongen op beperking van de strafwetgeving – de wetgever deze les kennelijk vergat, als hij ertoe overging een bepaald onderwerp te regelen. Daar kwam nog bij: ‘Bedenklijk lijken ons de inderdaad strenge strafbepalingen tegen handelingen, over welke zedelijke afkeurenswaardigheid bij vele, ook bij volkomen eerlijke kooplieden twijfel

zal bestaan.’ De Duitse wet bevatte tevens een waarschuwing voor de Nederlandse wetgever. De om civiel- en strafrechtelijke bescherming vragende handel was niet snel tevreden. Zij vroeg steeds meer. Maar: ‘Niet alles wat uit zedelijk oogpunt afkeuring verdienen kan, moet worden verboden en strafbaar gesteld.’<sup>13</sup>

### 3. De Nederlandse discussies over de bestrijding van de oneerlijke mededinging

#### 3.1. Molengraaff, zijn opposenten en zijn medestanders en hun beroep op het Duitse recht

Het opzienbarende pleidooi van Molengraaff voor de bestrijding van de oneerlijke mededinging via een ruime uitleg van art. 1401 Oud BW in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1887 ontmoette kritiek bij vooral de oude garde bij de Hoge Raad, zoals Eijssell en A.A. de Pinto (1828-1907). De eerste bestrijder van Molengraaffs opvattingen was echter Land.<sup>14</sup> Hij betwijfelde, of de rechter bekwaam was om goed recht te vormen. Het ‘verbeteren’ van de wet eiste kennis van de maatschappelijke omstandigheden en van het systeem van de wet. Deze kennis was schaars. Hij achtte daarnaast Molengraaffs criterium een gevaar voor de rechtszekerheid: niemand wist meer wat het recht van hem verlangde.<sup>15</sup> Bovendien ontbrak, aldus Land, eenstemmigheid van oordeel ten aanzien van wat volgens de moraal of de zorgvuldigheid was toegelaten. Dit bezwaar was in Duitsland eveneens aangevoerd tegen de ‘gute Sitten’ (de goede zeden) als strijdmiddel tegen de oneerlijke concurrentie in toen nog het ontwerp van § 826 BGB. Land koos een andere weg dan Molengraaff voor de beteugeling van foute handelspraktijken. Hij wees op de ervaringen in Frankrijk en Duitsland. De Franse oplossing via een ruime uitleg van art. 1382 Cc, de Franse brontekst en evenknie van art. 1401 BW, liet de rechter echter te veel vrijheid. Ook al vond Land de gang van zaken rond de concrete strafbepalingen in de Duitse wet van 1896 weinig bemoedigend, toch achtte hij die weg de meest geschikte oplossing. Welke ‘middelen’ immoreel of oneerlijk waren, behoorde de wetgever in een aparte wet vast te leggen en diende niet door de rechter van geval tot geval bepaald te worden aan de hand van een algemene bepaling als art. 1401 Oud BW. Indien de rechter ‘weliswaar niet onberispelijke, maar toch niet schadelijk te achten’ handelingen onder de wet zou brengen, was dat funest voor een gezonde concurrentie.<sup>16</sup>

W 1913/9411, p. 3-4. Zie ook de positieve bespreking van P. Scholten (1875-1946) in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1913, p. 614 e.v. Hij wees op het ontbreken van een bepaling als § 826 BGB in ons recht.

11. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.

12. P. Oertmann, ‘Gute Sitten und Sozialpolitik’, *Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ)* XVI (1911), kol 435. Zie ook K. Scharten, ‘Gesetz und Richter’, *DJZ* XVI (1911), kol. 1014.

13. D. Simons, ‘Oneerlijke mededinging’, W 1910/8946, p. 2 (beide citaten). Zie ook ‘Oneerlijke concurrentie’, *Nieuwe Tilburgsche Courant* 17 december 1913, voorpagina: ‘Wees voorzichtig met een strafbepaling (...), want in Duitschland doet men geen goede ervaring er mede op. Men heeft daar last van chantage en van lichtvaardige aanklachten.’

14. Over hem: J.H.A. Lokin, ‘De denkwereld van Nicolaas Karel Frederik Land’, in: J. de Bruijn e.a. (red.), *Een vreemde man, en die ons vreemd ontviel. Liber amicorum voor E.W.A. Hensen (1950-1999)*, Amsterdam: Bas Lubberhuizen 2000, p. 178 e.v.; C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (hierna te noemen: Jansen 2015), p. 156-159.

15. N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad* (hierna te noemen: Land 1896), Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 58 e.v., p. 60, 67-68 en 77.

16. Land 1896, p. 83 (in noot), p. 88 e.v. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Parijs: Librairie générale de droit 1907, nr. 815: ‘les délits varient avec l’état des mœurs et de l’opinion.’

De Utrechtse hoogleraar Simons schaarde zich in 1902 in het koor van criticasters van zijn collega Molengraaff. Simons wenste onverkort vast te houden aan de wijze waarop de Hoge Raad 'onrechtmatig' uitlegde: er was slechts sprake van onrechtmatig handelen, indien een uitdrukkelijk door de wetgever gesteld verbod was overtreden of een gebod niet was nageleefd of wanneer een handeling in strijd was met een door de wet erkend zakelijk recht van een ander.

'En al erken ik, dat deze eisch er toe zal kunnen leiden, dat bij menige zedelijk afkeurenswaardige handeling de door haar toegebrachte schade onvergoed zal blijven, de vraag mag worden gesteld, of dit offer te groot is tegenover den daarmee verkregen waarborg voor onze individuele vrijheid.'<sup>17</sup>

De justitiabele was volgens Simons bij de toepassing van het door Molengraaff geformuleerde criterium overgeleverd aan het subjectieve inzicht van de rechter over wat wel of niet geoorloofd was. De grenzen tussen recht en moraal werden volledig weggevaagd. Instemmend citeerde Simons de kritiek van de Duitse strafrechtsjurist Fr. von Liszt (1851-1919) op § 826 BGB die naar zijn mening ook opging voor de ruime uitleg van art. 1401 Oud BW: beide bepalingen waren een gevaar voor de rechtszekerheid en de eenheid van de rechtspraak.<sup>18</sup>

### 3.2. De preadviezen van de NJV

In 1903 lichtten Josephus Jitta en Aalberse de leden van de NJV voor over het veelkoppige monster van de oneerlijke mededinging. De strijd hiertegen heeft als een rode draad door het wetenschappelijke leven van Aalberse gelopen. Hij had in 1897 een proefschrift over dit onderwerp geschreven en in 1902 een daarop gebaseerd rapport.<sup>19</sup> Later diende hij als minister een wetsvoorstel in over dit onderwerp (zie par. 5 van deze bijdrage). De betogen van Josephus Jitta en Aalberse waren doorspekt met verwijzingen naar de UWG van 1896, het BGB, de Duitse en de Franse rechtspraak. Het Franse recht kende in art. 1382 Cc algemene bewoordingen, die de Franse rechter bovendien ruim uitlegde. Het Duitse recht kende nauwkeurige bijzondere omschrijvingen. Josephus Jitta

vroeg zich af: moet de hervorming van het Nederlandse recht koers houden 'naar de richting van Frankrijk of naar die van Duitsland'? Hij gaf als antwoord: 'Wij kunnen voordeel trekken uit de breedte, met gezond verstand toegepaste, opvatting der Franschen, en niet minder uit de streng wetenschappelijke, stelselmatige juridische bouwkunst der Duitschers.'<sup>20</sup> Hij wilde een wet met open normen. Ook anderen waren overigens niet gecharmeerd van de Duitse aanpak. Naar aanleiding van het wetsontwerp-Regout (hierna nog te bespreken) merkte een anonieme jurist op dat de Nederlandse wetgever 'onder het Duitse juk' was doorggegaan. 'Bedoelde quaesties hebben zich in den Duitschen systematiek en wetgevingstechniek een plaats veroverd, – doch wij zien geen enkele reden voor den Nederlandschen wetgever, om er zich in te begeven. (...) Een wet is nu eenmaal geen dissertatie (...).'<sup>21</sup>

Josephus Jitta sloot in zijn benadering van het probleem van de oneerlijke concurrentie aan bij de visie van Molengraaff. Hij zag de schending van een maatschappelijk afdwingbare zedelijke plicht als een onrechtmatige daad. Alleen een algemene aanduiding in de wet kon zorgen voor een afdoende onderdrukking van oneerlijke concurrentie. Oneerlijke concurrentie was dan hetzelfde als mededinging door middel van een onrechtmatige daad. Aan de rechter kwam het vrije oordeel toe over het al dan niet aannemen van een in concreto bestaande afdwingbare plicht. Een volledige opsomming van daden van oneerlijke concurrentie was niet mogelijk: 'de list zeilt tusschen de regels door'. 'In Duitschland wordt dat erkend.'<sup>22</sup> De §§ 823 en 826 BGB waren echter minder geschikt als voorbeeld voor het opstellen van een nieuwe wettelijke bepaling. Zij waren te onbepaald. De Duitse wet van 1896 en § 824 BGB<sup>23</sup> boden echter wel voldoende aanknopingspunten. Op het gebied van het strafrecht was Josephus Jitta geen voorstander van ruim geformuleerde bepalingen.<sup>24</sup>

Aalberse beschouwde de bestrijding van de oneerlijke concurrentie als een onderdeel van de sociale wetgeving. Hij wenste daarom een zo omvattend mogelijke bescherming, zowel langs strafrechtelijke als langs privaatrechtelijke weg. Hij omschreef oneerlijke concurrentie als volgt:

17. D. Simons, 'Ons burgerrechtelijk delictsrecht', *Themis* 1902 (hierna te noemen: Simons 1902), p. 38 en 46.

18. Simons 1902, p. 44.

19. Getiteld: *Ooneerlijke concurrentie en hare bestrijding volgens het Nederlandsche recht* (1897). Het rapport uit 1902 ten behoeve van het 3e Internationaal Congres van den Handeldrijvenden Middenstand droeg dezelfde naam. Het wordt besproken in *De Tijd* 13 augustus 1902, voorpagina.

20. D. Josephus Jitta, 'Moet de Oneerlijke Mededinging door den wetgever worden bestreden; zoo ja, hoe?', *HNJV* 1903-I (hierna te noemen: Josephus Jitta 1903), p. 97-98 en 109. Zie ook 'Oneerlijke concurrentie', *Nieuwe Tilburgsche Courant* 28 juli 1902 voorpagina die eveneens een keuze voor het Franse en het Duitse systeem beschrijft bij de bestrijding van de oneerlijke concurrentie. Volgens de krant leidde de Duitse wet van 1896 'in de practijk veelal [tot] een uiterst formalistische en benepen toepassing'. Het Franse systeem veronderstelde bij de rechterlijke macht een 'tourneau d'esprit' om onder de wet gevallen te brengen, waar geen conflict met een bepaling van positief recht bestaat.

21. 'Burgerlijk onrecht II', *Algemeen Handelsblad* 3 mei 1911, Avondblad, p. 5.

22. Josephus Jitta 1903, p. 109-111 (citaat).

23. Kreditgefährdung: Wer die Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß.

24. Josephus Jitta 1903, p. 100 e.v. en p. 107, 112-113 en 114 e.v.

het pogen, om door misleiding van het publiek of van de concurrenten, het handelsdebet te vestigen, te behouden of uit te breiden, ten spijt van anderen.<sup>25</sup> Gelet op de Duitse ervaringen met de strafbepalingen uit de wet van 1896 was Aalberse tegen een opsomming van specifieke verboden gedragingen in de wettekst en voorstander van een algemene bepaling. 'Want dat is toch wel het groote praktische bezwaar tegen te ver gedreven specialisering bij strafrechtelijke bepalingen, dat de mazen om door te sluipen steeds wijder worden! In Duitschland deed men bereids deze ondervinding op.' Hij steunde daarom grotendeels de strafbepaling, die P.W.A. Cort van der Linden (1846-1935), Minister van Justitie tussen 1897 en 1901, had neergelegd in een nieuw in te voeren art. 326bis Sr en die was ontleend aan het proefschrift van Aalberse: '(...) hij die, om zijn handelsdebet te bevestigen, te behouden of uit te breiden, opzettelijk bedrieglijke handelingen pleegt tot misleiding van het publiek of van zijne klanten, wordt als schuldig aan oneerlijke concurrentie gestraft met een gevangenisstraf (...) of geldboete (...)'.<sup>26</sup> De civielrechtelijke aanpak van de oneerlijke mededinging diende – zoals Molengraaff, 'onze groote voorganger in den strijd tegen de oneerlijke concurrentie', al had verdedigd – te verlopen via een ruime uitleg door de rechter van art. 1401 BW, procesrechtelijk aangevuld met de Duitse hulpmiddelen van een verbodsactie en de mogelijkheid tot oplegging van een dwangsom.<sup>27</sup>

Ook in de beschouwingen naar aanleiding van de preadviezen van Josephus Jitta en Aalberse dook het Duitse voorbeeld regelmatig op. Ik beperk mij tot de opmerkingen van de Rotterdamse advocaat B. Denekamp (gestorven in 1912) naar aanleiding van het door Aalberse gesteunde strafrechtelijk wetsvoorstel van Cort van der Linden: 'Men wil dus in de eerste plaats strafbepalingen die zoo ruim zijn, dat men den rechter zou plaatsen voor het oplossen van een raadsel. Dat in geen geval, dat nooit! Wij hebben er trouwens geen behoefte aan. Deze boom is overgeplant, hij is van Duitse origine en zou afbreuk doen aan ons nationaal rechtsbewustzijn. Wij moeten zooveel mogelijk trachten er te komen zonder de strafwet.'<sup>28</sup>

#### 4. De wetsontwerpen van Regout en van Heemskerk tot wijziging van het BW omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad

##### 4.1. Verwijzingen naar Duits recht in de literatuur over het wetsontwerp-Aalberse

Na de preadviezen voor de NJV bleef het een tijdje stil rondom de oneerlijke concurrentie. In januari 1911 verscheen eindelijk van de hand van de Minister van Justitie E.R.H. Regout (1863-1913) het lang verwachte wetsvoorstel tot wijziging van het BW omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad. Volgens Regout stelde een ruime uitleg van de onrechtmatige daad benadeelden in staat hun oneerlijke concurrenten schadevergoeding te vragen en hen 'het zwijgen op te leggen'. Hij kwam daartoe met de volgende formulering van wat onder een onrechtmatige daad was te verstaan:

'Onder onrechtmatige daad wordt verstaan eene door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, met de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader.'

Dit wetsvoorstel kreeg te maken met een stroom van tegenwerpingen, zowel in de literatuur als in de politiek. Regouts voorstel ging volgens Simons nog veel verder dan de Duitse wetgever. Zo ontbrak bijvoorbeeld het opzetvereiste dat § 826 BGB wel kende. Het was verstandig 'in de leer te gaan bij de Duitse doctrine en rechtspraak inzake § 826 BGB'. Een kort onderzoek leerde dat het Reichsgericht de Duitse rechtspraak slechts met moeite binnen de 'juiste' grenzen had kunnen houden. De Duitse rechter dreigde menigmaal in de vaak felle economische strijd van zijn tijd te worden betrokken en daardoor zijn onpartijdigheid en onbevangenheid te verliezen.<sup>29</sup>

De toenmalige president van de Hoge Raad, Eijssell, viel Simons bij. Volgens Van Maanen is hij verantwoordelijk geweest voor de beperkte uitleg van de onrechtmatige daad in de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>30</sup> De hoofdgreep van Eijssell was dat Regouts wetsontwerp de Nederlandse burger zou overleveren aan rechtsonzekerheid. Hij wees op de (verkeerde) richting die de Franse en de Duitse rechtspraak waren ingeslagen en maakte daarbij gewag van 'juridische uitpattingen'. De rechtspraak op § 826 liet volgens hem zien dat de verruiming van het begrip 'onrechtmatig' noodlottig was voor de algemene rechtsonzekerheid en de deur wagenwijd openzette voor subjectieve opvattingen, gevoelsrechtspraak en een stortvloed

25. P.J.M. Aalberse, 'Moet de Oneerlijke Mededinging door den wetgever worden bestreden, zoo ja, hoe?', *HNJV* 1903-I (hierna te noemen: Aalberse 1903), p. 129 e.v., p. 134 en 144. Aalberse gaf een door zijn katholieke geloof geïnspireerde rechtsgrond voor de wettelijke bestrijding van oneerlijke concurrentie, namelijk schending van de sociale plicht van waarachtigheid, een plicht die hij bij Thomas van Aquino had aangetroffen en 'die in Duitschland reeds haar weg heeft gemaakt'. Zie de bespreking van het preadvies van Aalberse: 'Oneerlijke concurrentie', *Algemeen Handelsblad* 24 juni 1903, Ochtendblad, p. 5.

26. Aalberse 1903, p. 180 (beide citaten).

27. Aalberse 1903, p. 173 e.v. en p. 182 e.v.

28. B. Denekamp, 'Interventie', *HNJV* 1903-II, p. 145.

29. D. Simons, 'Onrechtmatige daad', *W* 1911/9139, p. 1-2. Hij verwees naar het kritische artikel van Oertmann in de *DJZ*. Simons prees het Reichsgericht dat had gewaakt tegen het gebruik van § 826 als een wapen in de loonstrijd.

30. Van Maanen 1986, p. 141 e.v.; G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwde bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi 1995, p. 38 e.v. Zie ook C.J.H. Jansen, 'Aernout Philippus Theodoor Eijssell (1837-1921)', in: M.W. van Boven & P. Brood (red.), *Tweehonderd jaar rechters*, Hilversum: Verloren 2011, p. 109-112.

aan onrechtmatigheidsgedingen. De *lex* Regout bracht Eijssell tot de volgende verzuchting:

‘Rechtszekerheid, waarom bedenkt het tegenwoordig geslacht niet beter hoe ONSCHATBAAR haar bezit is.’<sup>31</sup>

Eijssell vreesde dat de grenzen tussen recht en moraal bijna volledig zouden verdwijnen door omschrijvingen als ‘strijd met de goede zeden’ of ‘strijd met de zorg van een goed huisvader’. De vraag rees echter namelijk: welke moraal werd dan richtsnoer voor de rechter?

‘(...) die van den Durchschnittsphilister, waar volgens de rechtspraak van het Reichsgericht op § 826 BGB met de voorafgaande en volgende voorschriften Bürg. G.B. volstaan wordt, of die van de Bergrede?’<sup>32</sup>

Naar Eijssell vermoedde, werd de moraal die van de Bergrede (‘voeg daarbij, dat het ontwerp den vrijen teugel laat (...) aan ons plattelandskantonregtertje’) en daarmee was het hek van de dam voor allerlei idealisten, zoals ‘geheelonthouders’, de ‘Christian Scientists, die zondig achten den arts en den apotheker aan het ziekbed te roepen’, ‘de *volstreckte* vegetariërs, die zelfs het gebruik van melkproducten uit den booze achten’, ‘of het steeds wisselend aantal apostelen onzer opvoeding tot betere burgers door *strafwetten* en waag dan nog te betwisten dat voorstanders van Bergrede-moraal zoo talrijk zijn, dat op den registerstoel elk oogenblik zulk een idealist kan plaatsnemen, gereed om de wet Regout te hanteeren ten schade onzer maatschappij’.<sup>33</sup>

Een laatste, hier te vermelden criticus van het ontwerp-Regout was Paul Scholten (1875-1946), hoogleraar Burgerlijk recht in Amsterdam. Hij was evenmin gelukkig met de door Regout gekozen formulering. Hij vond het van groot belang om na te gaan hoe de Duitse rechter buiten de wet om ‘het recht op bedrijf’ in het leven had geroepen ter bestrijding van de oneerlijke concurrentie. Los van deze specifiek in een wet op te nemen mogelijkheid van aansprakelijkheid bepleitte Scholten een algemene bepaling van wat als onrechtmatig was te beschouwen ter beteugeling van de misstanden in de handel. Kon de omschrijving ‘strijd met de goede zeden’ nog door de beugel: zij kwam ook voor in § 826 BGB en had naar zijn indruk na de bestudering van de Duitse rechtspraak goed gewerkt, ‘de zorg van een goed huisvader’ was als criterium ongeschikt. Een plicht tot schadevergoeding vanwege schending van de zorg van een goed huisvader kwam

in uitwerking neer op schadeplichtigheid door een aan schuld te wijten handeling. Elke winstderving die aan schuld was te wijten, verplichtte dan tot schadevergoeding. § 826 BGB beperkte de aansprakelijkheid voor onzorgvuldige handelingen tot gevallen waar de schade door opzet was veroorzaakt. Scholten pleitte naar het voorbeeld van § 826 BGB voor het opnemen van ‘opzet’ in de wet om te voorkomen dat de rechter te snel aansprakelijkheid zou aannemen.<sup>34</sup>

#### 4.2. Verwijzingen naar Duits recht in de parlementaire geschiedenis van het wetsontwerp-Regout

De Algemeene Beschouwingen in de Memorie van Toelichting stelden dat buitenlandse wetgeving niet tot voorbeeld voor de ontworpen regeling kon strekken. De tekst van art. 1401 Oud BW, identiek aan die van art. 1382 Cc, maakte de Code civil onbruikbaar. Het Duitse BW bevatte evenmin een goed voorbeeld voor een regeling van de onrechtmatige daad. In de titel over ‘Unerlaubte Handlungen’ traden bijzondere gevallen (te) sterk op de voorgrond.<sup>35</sup> Leden van de Tweede Kamer stonden afwijzend tegenover het in sommige (Nederlandse) wetten op te merken streven naar een afzonderlijke regeling van alle denkbare gevallen tot in de kleinste bijzonderheden. Elke opsomming was gevaarlijk. Ook elders opgedane ervaring wees dit uit. ‘Voor zoover het Duitse Burgerlijk Wetboek detailleering beproefd heeft, is de regeling niet gelukkig uitgevallen en bij de wetgeving op de oneerlijke mededinging in Duitschland is de onmogelijkheid van eene volledige opsomming van gevallen gebleken.’<sup>36</sup> De drieslag aan open normen (in strijd met de openbare orde, in strijd met de goede zeden en in strijd met de zorg van een goed huisvader) die het wetsontwerp introduceerde, leidde volgens veel Kamerleden tot rechtsonzekerheid. Het hele gebied van de moraal werd het recht binnenge trokken. ‘Men herinnerde hierbij aan de in Duitschland met § 826 opgedane ervaring.’<sup>37</sup> Het criterium ‘in strijd met de goede zeden’ was bovendien bedenkelijk, wanneer de rechter vragen kreeg voorgelegd, die nauw verband hielden met de economische strijd (werkstakingen, uitsluitingen, posten). Een grenslijn tussen hetgeen in economische zin behoorlijk was en hetgeen met de goede zeden overeenstemde, was nauwelijks te trekken. In Duitsland gingen daarom stemmen op ‘de gute Sitten’ uit § 826 BGB te verwijderen. Andere Kamerleden betoogden juist dat uit de rechtspraak van het Reichsgericht was af te leiden dat dit college op het moeilijke gebied van de economische strijd tot bevredigende uitkomsten was gekomen.<sup>38</sup>

31. A.P.Th. Eijssell, ‘Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad en de rechtszekerheid’, *Themis* 1911 (hierna te noemen: Eijssell 1911), p. 610 e.v. (p. 616). Hij verwees naar K. Scharf, ‘Gesetz und Richter’, *DJZ* 1911, kol. 1014 die de Duitse rechters opriep om ‘unbeugsam’ vast te houden aan de wet.

32. Eijssell 1911, p. 593. In een stuk, getiteld ‘Burgerlijk onrecht. I’, verschenen in het *Algemeen Handelsblad* 2 mei 1911, Ochtendblad, p. 5 stelde de anonieme auteur dat de Franse en de Belgische rechter na aanvaarding van de ruime uitleg van art. 1382 Cc en de Duitse rechter na invoering van het BGB met zijn Generalklausel (waaronder § 826 BGB) een moreel censorschap uitoefenden, waardoor het bedrijfsleven aan banden werd gelegd, het eigendomsrecht aan controle werd onderworpen en de vrije concurrentie werd beknot door bestrijding van deloyale vormen.

33. Eijssell 1911, p. 595-596.

34. P. Scholten, ‘Burgerlijk onrecht...Wenschelijke wetswijziging’, *WPNR* 1911, afl. 2158, p. 213-216.

35. ‘Memorie van Toelichting. Algemeene Beschouwingen’, *W* 1911/9099, p. 2.

36. ‘Voorloopig Verslag. Algemeene beschouwingen’, *W* 1912/9312 (hierna te noemen: Voorloopig Verslag 1912), p. 1.

37. Voorloopig Verslag 1912, p. 1.

38. Voorloopig Verslag 1912, p. 3 (opnieuw onder verwijzing naar het artikel van Oertmann in de *DJZ*).

De Minister van Justitie ad interim Th. Heemskerk (1852-1932) verdedigde zo goed en kwaad als hij kon het ontwerp van Regout (die was overleden). Het doel van het wetsontwerp was de civielrechtelijke bestrijding van de oneerlijke mededinging, 'op ieder gebied van het maatschappelijk verkeer'. Vele vormen van oneerlijke concurrentie waren niet met behulp van art. 1401 Oud BW te bestrijden, hoe dat artikel ook was geredigeerd. 'Ten onrechte werd gewezen op art. 826 Duitsch Burgerlijk Wetboek. Men zag daarbij over het hoofd, dat het juist een voordeel is van eene uitdrukking als deze [strijd met de goede zeden], dat zij als het ware medeleeft met de tijden en maatschappelijke behoeften.' Zolang echter niemand het bewijs had geleverd dat de uitdrukking 'in strijd met de goede zeden' dezelfde betekenis had als in Duitsland, kon aan een beroep op de Duitse ervaring geen waarde toekomen 'ter bestrijding van het gebruik van de uitdrukking in eene omschrijving van het begrip "onrechtmatige daad" naar Nederlandsch recht'.<sup>39</sup>

#### 4.3. Kritiek op het wetsontwerp-Heemskerk (1913)

Heemskerk meende dat hij door de vele kritiek in de Tweede Kamer geen andere keuze had dan om te komen met een verbeterd wetsontwerp. Hij sloot voor de omschrijving van onrechtmatige daad aan bij de formulering van Molengraaff (met handhaving van de onder vuur liggende zinsnede 'in strijd met de goede zeden'). Eijssell volhardde in zijn afwijzende houding en klom opnieuw in de pen. Hij bleef vrezen voor een onbeperkte heerschappij van het rechterlijk subjectivisme, rechterlijke willekeur, rechtsonzekerheid en soevereine wetsminachting.

'Aan den regter carte blanche geven om vast te stellen waar het *onrechtmatige* verzuim begint met de sanctie van vergoedingsplicht, is hem maken tot wetgever. Dientengevolge tevens den regter in staat stellen tot sociale tirannie, wjl door *zijn* "sociaal" inzicht bepaald zal worden wat in het onderling verkeer wel betamende zorgvuldigheid zal zijn.'<sup>40</sup>

#### 5. Het wetsontwerp-Aalberse tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht ter bestrijding van de oneerlijke mededinging

Zoals eerder betoogd, had Cort van der Linden als Minister van Justitie rond de eeuwwisseling (1900) een voorstel tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht ingediend ter bestrijding van de oneerlijke mededinging. Zijn opvolger J.A. Loeff (1858-1921) had dit ontwerp nog wat bijgeslepen. Daarna trad een stilte in die ongeveer tien jaar duurde. Aalberse maakte in 1914 gebruik van het aan de Tweede Kamer toekomende recht van initiatief om met een eigen wetsvoorstel te komen. Hij stelde voor

een nieuw art. 326bis aan het Wetboek van Strafrecht toe te voegen. Voor Aalberse was – zoals eerder gezegd – de aanpak van de oneerlijke mededinging een onderdeel van de sociale wetgeving. De visie op het recht was langzaam aan het veranderen van een individualistische (met nadruk op de individuele vrijheid) naar een sociale of universalistische (met nadruk op beknotting van de vrijheid in het licht van het belang van de gemeenschap). Sociale wetgeving bracht de vrijheid van de een in harmonie met de vrijheid van de ander.<sup>41</sup> De door Aalberse voorgestelde bepaling luidde als volgt:

'Hij, die, om zijn handelsdebiet te vestigen, te behouden of uit te breiden, eenige handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon, wordt, indien daaruit eenig nadeel voor zijn concurrenten kan ontstaan, als schuldig aan oneerlijke mededinging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar, of geldboete van ten hoogste negenhonderd gulden.'

In de discussies over dit ontwerp speelden twee algemene punten: de wijze van bestrijding (civielrechtelijk of strafrechtelijk) en het karakter van de bepaling (algemeen of bijzonder). Aalberse koos principieel voor een algemene strafbepaling. Hij wees ter ondersteuning van zijn standpunt naar de Duitse wetgeving uit 1909.<sup>42</sup> Hij constateerde dat als gevolg van de door de Hoge Raad aangehangen enge uitleg van het begrip 'onrechtmatige daad' de kans op schadevergoeding in veel gevallen van oneerlijke concurrentie gering was. 'Wordt nu echter de oneerlijke mededinging door het Wetboek van Strafrecht tot een strafbaar feit gestempeld, dan zullen eensklaps ook in al die gevallen, welke onder het bereik der Strafwet vallen, de benadeelden de mogelijkheid zich geopend zien, op grond van art. 1401 B.W. een actie tot schadevergoeding in te stellen.'<sup>43</sup>

Het was opnieuw Simons, die zich zette tot een uitvoerige kritiek. Hij hekelde het 'caoutchouc'-karakter van de strafbepaling; Aalberse zondigde tegen de eis van nauwkeurige begrenzing van een door straf te handhaven norm. Volgens Simons verdiende de uitsluitend burgerrechtelijke bestrijding van oneerlijke mededinging de voorkeur. In Frankrijk had de rechter in het burgerlijke recht een krachtig wapen gevonden. Ook in Nederland viel een uitbreiding van art. 1401 Oud BW te verwachten. Het ontwerp van Aalberse was dus prematuur. Het strafrecht behoorde een 'subsidiair' recht te blijven. Zelfs § 1 van de Duitse wet van 1909 was niet zo uitgebreid als de Nederlandse bepaling. Onder verwijzing naar J.A. Levy (1838-1920) concludeerde Simons: 'Strafwaardige concurrentie achterhale men, doch eene poging tot *rechtsontwrichting* onder die vlag wijs ik af.'<sup>44</sup>

39. 'Memorie van Antwoord. Algemeene beschouwingen', W 1913/9459, p. 3.

40. A.P.Th. Eijssell, 'Sartor Heemskerk Resartus', *Themis* 1913, p. 486. Was de rechter op grond van art. 11 Wet AB niet 'servus legum'? (p. 469). Zie over het wetsontwerp-Heemskerk uitvoerig Van Maanen 1986, p. 76 e.v.

41. Jansen 2015, p. 267 e.v.

42. 'Voorstel van wet van den heer Aalberse, tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met een nieuw artikel tot bestrijding van de oneerlijke mededinging', W 1914/9599 (hierna te noemen: Voorstel Aalberse 1914), p. 1-5. De onderbouwing van het wetsvoorstel bevatte verwijzing naar de Franse, Zwitserse en Duitse literatuur.

43. Voorstel Aalberse 1914, p. 3 (rechterkolom).

44. D. Simons, 'De voorgestelde strafbepaling tegen de oneerlijke mededinging I', W 1914/9619, p. 1-2 en D. Simons, 'De voorgestelde strafbepaling tegen de oneerlijke mededinging II', W 1914/9621, p. 1-2 (citaat).



Uit het Voorloopig Verslag kwam naar voren dat onder Kamerleden twijfel bestond over de noodzaak van een strafbepaling. Aalberse stelde een bijzonder uitvoerige Memorie van Antwoord op. Hij behandelde wetgeving, rechtspraak en literatuur uit Duitsland, Frankrijk en Zwitserland om aan te tonen dat alleen een civielrechtelijke bestrijding van de oneerlijke concurrentie geen soelaas bood. Bovendien was de herziening van het burgerlijk recht nog niet tot stand gekomen. De wetgever was er al twintig jaar mee bezig. 'Wij hadden het steeds in de boeken gelezen, dat het in Frankrijk toch zoo goed ging met die ruime, men kan bijna zeggen: oeverlooze, uitlegging van art. 1382 Code civil. Onze meer formalistische Hoge Raad wilde van zulk een interpretatie niet weten.' 'In Frankrijk, in Duitsland, in Zwitserland heeft men nu, sinds jaren, die uitbreiding van het civiele recht, waarmee men thans bij ons ook zou willen aanvangen. En het resultaat? Dat in alle drie deze landen toch de strafrechtelijke bestrijding absoluut noodzakelijk is gebleken, en wel een bestrijding, als thans wordt voorgesteld en verdedigd.' Aalberse riep voorts de overal opgedane ervaring in herinnering, dat waar men ter bestrijding van de oneerlijke concurrentie zijn toevlucht had genomen tot specifieke strafbepalingen, het kwaad op een andere wijze of in een andere vorm weer de kop had opgestoken. De Duitse wetgever had daarom – anders dan Simons deed voorkomen – § 4 van de UWG 1909 als een algemene bepaling opgevat. Misschien leverde een algemeen geformuleerde bestrijding van oneerlijke mededinging rechtsonzekerheid op. De vraag is alleen: rechtsonzekerheid voor wie? Misschien dat er iets minder rechtsonzekerheid was 'voor deze op-het-kantje-af concurrerenden', maar onbetwistbaar bleef voortbestaan de 'meest ergerlijke zekerheid van onrecht' voor de eerlijke handelaren, indien niet de oneerlijke mededinging met wortel en tak werd uitgeroeid.<sup>45</sup>

Simons waarschuwde de politiek. De door Aalberse voorgestelde bepaling was niet duidelijk in wat zij verbood en waartegen zij zich richtte. Zij kon in stelling worden gebracht 'tegen allerlei betrekkelijk onschuldige handelingen, de meest ernstige vormen van de oneerlijke mededinging laat zij ongemoeid. Het Duitse voorbeeld spreekt boekdeelen.' Het geroep om nieuwe voorschriften zou niet verstommen. In Duitsland kwam na de wet van 1896 de wet van 1909. 'Opzet, bij § 826 BGB gevorderd, wordt dus thans niet meer vereischt. Is nu die nieuwe bepaling voldoende? Misschien.' Nooit kon enige bepaling de middenstand helpen. Wat haar belaagde was niet de oneerlijke mededinging, maar de mededinging zonder meer. 'Eén warenhuis als "De Bijenkorf" brengt meer schade dan alle handelingen van bedriegelijke mededin-

ging te zamen.'<sup>46</sup> Het wetsvoorstel van Aalberse is aangenomen. Het is eind 1915 als art. 328bis in het Wetboek van Strafrecht terechtgekomen.<sup>47</sup>

## 6. Afsluiting

De Nederlandse juristen, de wetgever en de rechter, lieten zich aan het einde van de 19e eeuw en in het begin van de 20e eeuw inspireren door het Duitse en het Franse recht in hun strijd tegen de oneerlijke mededinging. Vooral de Duitse wetten ter bestrijding van de oneerlijke mededinging en het Duitse onrechtmatigedaadsrecht uit het BGB hebben grote invloed gehad op de Nederlandse discussies en wetsontwerpen over de uitleg van art. 1401 BW. Na de invoering van het wetsvoorstel van Aalberse verflauwde de aandacht voor de invoering van het ontwerp-Heemskerk. Door het nieuwe strafrechtsartikel waren veel vormen van oneerlijke mededinging strafbaar en leverden zij daardoor eveneens een onrechtmatige daad op, ook al hield de Hoge Raad vast aan de enge uitleg van art. 1401 BW.<sup>48</sup> Tot 1919. Toen volgde de Hoge Raad in *Lindenbaum/Cohen* de opvatting van Molengraaff.<sup>49</sup> Simons bleef kritisch:

'Uitdrukkingen, als hier worden gebezigd, zijn niet slechts bedenkelijk voor de individuele rechtszekerheid, doch vooral ook en in zeer hoge mate voor den indruk van onpartijdigheid, dien de rechtspraak moet blijven vestigen. Men denke in zijn ijver voor de goede zaak en onder den drang van zijn eigen rechtsgevoel niet al te licht over het gevaar, waarop wij hier nog eenmaal wijzen. (...) Dat gevaar zal zich sterk openbaren bij alle vragen omtrent de goede zeden, waarbij politieke, economische, maatschappelijke belangen scherp tegenover elkander staan.'<sup>50</sup>

Het pleit was beslecht. Minister van Justitie Jan Donner (1891-1981) trok in 1928 het ontwerp-Heemskerk in.

45. 'Voorloopig Verslag. Algemeene beschouwingen', W 1914/9683, p. 1-3; 'Memorie van Antwoord. Algemeene Beschouwingen', W 1915/9732, p. 1-4 (citaten op p. 2, middenkolom, p. 3, linkerkolom en p. 4 rechterkolom) en 'Memorie van Antwoord. Vervolg en Slot', W 1915/9733, p. 1-4.

46. D. Simons, 'Oneerlijke mededinging', W 1915/9767, p. 1.

47. De invoering van het nieuwe artikel kwam kennelijk te laat om een rol te spelen in *Lindenbaum/Cohen*. De uitspraak van de Rechtbank Amsterdam was van 24 januari 1916. Volgens W.H. Drucker, 'Onrechtmatige daad, naar aanleiding van het arrest van den Hoogen Raad van 31 Januari 1919', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919 (hierna te noemen: Drucker 1919), p. 336-337 was bovendien de genoemde bepaling niet van toepassing op de casus in *Lindenbaum/Cohen* (de omkoping van een lid van het personeel van de concurrent).

48. Drucker 1919, p. 336.

49. *NJ* 1919, p. 161; W 1919/10365 met opmerking van Molengraaff. Hij besloot zijn noot met de beroemde woorden: 'Er is door ons hoogste rechtscollege zelden een arrest gewezen, waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht.'

50. D. Simons, 'Onrechtmatige daad', W 1919/10368, p. 1. Zie ook D. Simons, 'Het ontwerp op de onrechtmatige daad', W 1919/10380, p. 1.